

POR

DON IVAN SALVAgo de Mendoza, vezino de Ronda.

CONTRA

EL LICENCIADO don Bartolome Saluago, Chantre de Talauera.



ARA que se reuoque la senten cia de vista que condenò al dicho don Iuan Saluago a que pague al dicho don Bartolome su tio los alimentos porque litiga, desde el dia que possee su mayorazgo, y se le dè por libre dellos, se suplica a V.m. considere lo siguiente.

Lo primero, que el dicho don Iuan Saluago no tiene obligacion de dar alimentos al dicho su tio, por razon de la carta executoria del pleyto que litigò sobre los dichos alimentos con don Iuan Saluago vltimo posseedor, y padre del dicho don Iuan que oy litiga, considerando que el dicho don Iuan Saluago de Mendoza no es heredero de su padre, y q̃ sucedio en el mayorazgo que oy possee sin dependencia suya, porque el sucessor de qualquiera mayorazgo regular y ordinario, sucede por su proprio y particular llamamiento, sin dependencia del vltimo posseedor, porque en los mayorazgos tantas quantas son las personas llamadas, tantas donaciones y instituciones se hazẽ, en particular para cada vno de los llamados, Iuarez in quæstione maioratus, num. 22. Tellus Fernandez in l. 27. Tauri, num. 2. Couarr. lib. 1. variarum, cap. 14. num. 7. vers. 5. & cum Isernia, Paulo Præposito, Decio, & alijs, Molin. lib. 1. cap. 1. nu. 17. Mieres, 2. par. quæst. 10. nu. 4. & 4. par. quęst. 1. num. 37. Gutierr. lib. 2. practicarum, quæst. 52. num. 5. & 6.

Y en este caso, quando los hijos sucessores en mayorazgo tienen llamamiento proprio por fin y muerte de sus padres, cessan todas las cargas y obligaciones que se podian cobrar, y oponer cõtra el vltimo posseedor, Menoch. cons. 310. num. 30. lib. 4. Dominus Castillo lib. 3. controuersiar. cap. 15. num. 16. Hondedeo cons. 75. num. 47. lib. 1. Con lo qual es cierto, y sin duda que no le basta a

la

la parte contraria tener condenado a la paga de sus alimentos por la carta executoria a don Iuan Saluago su hermano, para que por la misma razõ lo estè el dicho don Iuan su sobrino.

Lo segundo, porque por la misma razon no le puede obstar al dicho don Iuan Saluago la excepcion de cosa juzgada, porque para ello necessariamente auian de concurrir tres identidades, scilicet personarum rei & causæ, vt in l. cum quæritur cum duabus sequentibus, ff. de exceptione rei iudicatæ, *quæ nisi omnia concurrant alia res est*, vt dicit text. in l. & an eadem, in principio. ff. eodem titulo, glo. verb. admitti, in cap. 2. de exceptionibus, lib. 6. Soci. cons. 18. n. 44. lib. 1. Rebuf. in tit. de exceptionib. n. 55. cum seqq. Surdus cons. 312. n. 1. cum seqq. lib. 3.

Y en nuestro caso faltan las dos mas substanciales, que son la identidad de personas, y la identidad de causa y derecho. Lo primero, falta la identidad de personas, porque en el pleyto de la executoria litigò el dicho don Bartolome con don Iuan Saluago su hermano vltimo posseedor, y en este litiga con don Iuan Saluago su sobrino, en el qual se defiende el susodicho por diferẽte excepcion, y particular derecho de aquel con que se defendia su padre en el pleyto de la executoria, siendo assi que para que le obstara cosa juzgada, auia de defenderse con la misma excepcion que su padre, vt docet Couarr. cap. 13. practicarum, nu. 5. post principium, ibi: *Nempe vbi lis tractatur cum legitimo contradictore, à quo aliorum ius in eadem re derebatur & oritur*: lo qual no se puede dezir por el dicho don Iuan que sucedio en el mayorazgo que posseia su padre, con quien litigò la parte contraria, por su proprio derecho, y llamamiento, y se defiende de la misma suerte.

Y aunque la ley & an eadem, no dixo que hã de ser las mismas personas para que obste excepciõ

de

de cosa juzgada, sino quod sit eadẽ conditio personarum, vnde Alexand. in l. sæpè, num. 69. de re iudicata, probat quod sententia inter alios lata non nocet, quando est omnino alius, secus si non sit omnino, vt puta singulares, vel vniuersalis sucessor; pero en este caso el dicho don Iuan Saluago no es sucessor vniuersal, ni particular del dicho su padre, con quien la parte contraria litigò. Lo segũdo, falta la segunda idẽtidad, hoc est, causę, vel iuris; porq̃ vna cosa es auer litigado sobre q̃ el hermano mayor posseedor del mayorazgo diesse alimentos a su hermano segũdo, ansi por la proximidad del parentesco, como por clausula particular del mayorazgo; y otra cosa es pretẽder que los mismos alimentos ha de dar el sobrino sucessor en el mayorazgo, que es pariente en mas remoto grado, y no le comprehende lo dispuesto por la clausula del dicho mayorazgo, que va hablando respecto de hermano a hermano, mas no de sobrino a tio, como las partes que litigan: y ansi auiendo diferentes personas, circunstancias, y calidades en este pleyto, respecto de las que huuo en el de la executoria, no puede resultar, ni resulta excepcion de cosa juzgada contra el dicho don Iuã Saluago. l. si quis cum totum. §. & quidem. ff. de exceptione rei iudicatæ, ibi: *Et quidem ita diffiniri potest, toties eandem rem agi quoties apud posteriorem iudicem, id quæritur, quod apud priorem quæsitum est.* Et in §. generaliter, ibi: *Quoties inter easdẽ partes eadẽ quæstio refricatur.* Paulus in l. cum quæritur, Corneus cons. 126. num. 11. lib. 4. Ruinus cons. 71. num. 4. lib. 5. Franciscus de Ponte cons. 90. num. 10. cum sequentibus.

Lo qual se da a entender manifiestamente, considerando, que si oy viuiera el dicho don Iuan Saluago vltimo posseedor, y vn sobrino suyo, hijo del dicho don Bartolome que oy litiga, pretẽdiera que le auia de dar alimentos, como a su padre

se le dauan conforme a la executoria, es cierto q̃ no huuiera cosa juzgada, ni se pudiera aprouechar della; dessa misma suerte no le puede obstar cosa juzgada al dicho don Iuan que oy litiga: per argumentum à correlatiuis, ex traditis à Barbosa in l.1.ff.soluto matrimonio, 4.part.num.142.

Lo tercero, porque las sentẽcias de la executoria hizieron derecho entre las partes q̃ litigaron, respecto de aquel tiempo que pedia hermano cõtra hermano posseedor, pero no respecto del tiempo presente, y nueuo caso que ha sobreuenido por muerte del vltimo posseedor, en el qual ha entrado a posseer el mayorazgo diferente persona por su derecho proprio, y en diferente grado de parẽtesco con la parte contraria: y ansi aunque se litigue por el mismo derecho, no obsta excepciõ de cosa juzgada, ex doctrina Innocentij in cap. cum Ecclesia Sutrina, in fine, de causa possessionis, & proprietatis, qui sic dicit: *Imò plus videtur, quod si anno, vel mense præterito isti clerici conuentuales egissent contra Capitulum, & petijssent cassari electionem eis contentis factam de Antonio, & lata esset sententia absolutoria pro Capitulo, scilicet, quod non deberent clerici conuentuales interesse electioni; & modo facta alia electione de Francisco idem clerici petant, electionem de Francisco factam cassari; ex eadem causa non obstauit exceptio rei iudicatæ, quia de alia re agitur modo, scilicet, de electione Frãcisci, & de alia primo, scilicet, de electione Antonij. ff. de exceptione rei iudicatæ, cum quæritur, & l. sequenti, hæc Innocentij, quem sequitur Immola cons. 130. nu. 8. in fine.*

Lo quarto, porque aunque se diga que la executoria fue Real, y perpetua, conforme a la ley qui aliena. ff. de negotijs gestis, vbi dicitur, *quod sententia prædio datur*, esta perpetuydad y realidad no ha de ser in infinitum, pues perpetuo se entiende, aunque sea solamente de por vida, vt in l.2.ff. pro socio; y las sentencias de que se despachò executoria, fueron en conformidad de la clausula del

mayorazgo, que obligaua a qualquier posseedor a dar alimẽtos a sus proprios hermanos, y no mas, y assi mientras durara aquella misma causa de viuir el hermano posseedor, era perpetua, y Real, segun la pretension contraria, la accion y derecho; pero auiendo ya muerto el hermano, cessò aquella causa, y no se puede dezir, q̃ ya es Real, y perpetua, como se comprueua con vna doctrina singular de Baldo, in cap. de decreto, num. 2. de transactionibus, donde tratando como se conocera si vna cosa es Real y perpetua, o personal, lo dize elegantemente por estas palabras: *Quæro quid est realitas in pactis respondeo, idẽ quod transmissio ad successores, sed commodò hoc cognoscatur respondeo ex duobus, scilicet, ex potentia, & actu: sunt enim qui possunt quo ad se, & non quo ad successores quidam, qui perpetuo possunt pono realitas cognoscitur per hoc, quod habet perpetuã causam hæc consideratio probatur. ff. de legat. 2. l. peto. §. prædium, & in l. 4. ff. de seruitutibus, item actus sapiens realitatem colligitur ex verbis, & mente, & ipsius rei natura, &c.* De que se infiere, que midiendose, y ygualandose la accion, para en quanto a su duracion, y perpetuydad con la causa, auiendo ella ya cessado, cessò tambien la realidad, y perpetuydad de la accion.

Lo quinto, porque como en los mayorazgos no se sucede iure hæreditario al vltimo posseedor, si no iure sanguinis, vt latè eleganter resoluit Auendaño in l. 40. Tauri, nu. 1. vsque ad 27. y esto procede mas llanamente en nuestro caso, donde don Iuan Saluago no es tampoco heredero de su padre, no tiene obligacion a pagar las deudas del tiempo que su padre posseyò el mayorazgo, ni la cantidad que de entonces se està deuiendo de alimentos a la parte contraria, ex traditis à Molin. lib. 1. cap. 10. num. 29. Y en esta conformidad, la sentẽcia de vista le dà por libre dellos, y los Abogados contrarios en reuista se allanaron a ello en

la

la Sala, y por consiguiente està libre de las obligaciones que a su padre tenia; y asi pues la que su padre tenia era de dar alimentos a su hermano, el quedarà libre desta, pero obligado con otra semejante obligacion que le puso el fundador de dar alimentos a sus propios hermanos, que oy litigan en esta Audiencia con el, para executoriar la cantidad q̃ se les ha de dar, y aliàs si cada posseedor huuiesse de cumplir las obligaciones que sus antecessores tenian de alimentar a sus hermanos, vẽdria a reputarse por herederos de sus antecessores, y no como sucessores del fundador, y se quebrantaria su disposicion, que fue de que solamente alimentasse cada posseedor a sus proprios hermanos.

Et in proprijs terminis nostri casu, videlicet, q̃ si se ha litigado pleyto entre el posseedor del mayorazgo y otro hermano suyo, sobre alimentos, y sacado carta executoria el hermano cõtra el posseedor del mayorazgo, si el tal posseedor muere, que su hijo, o sucessor no quede comprehendido en la carta executoria, resoluunt Cinus, Baldus, & Paulus in l. alimẽta. C. de negotijs gestis, Bart. in l. 1. C. de mulieribus. Natta cons. 149. Lara in l. si quis à liberis. §. mater, num. 53. quem sequitur Pelaez de Mieres, 4. par. quęst. 28. nu. 29. 30. & 31. y que el posseedor del mayorazgo hijo del vltimo posseedor no tiene obligacion a alimentar al tio hermano de su padre, lo resueluen, y tienen Afflictis in constitutionibus Neapolitanis, lib. 3. rubr. 19. num. 14. fol. 284. Angel. Imola, Alexander in l. 1. ff. solut. matrim. vbi Barbosa, par. 4. num. 142. & Alexán. in cons. 66. nu. 3. lib. 4. Rebuf. tomo 1. ad constitutiones Regias, titu. de sententijs prouisionalibus, art. 1. glo. 2. num. 31. Boerius decis. 324. nu. 4. Lara in l. si quis à liberis, §. idẽ rescripsit, nu. 107. Molin. de primog. cap. 15. nu. 67. quẽ sequitur Pelaez de Mieres, d. nu. 31. 4. par. q. 28.

Y en

Y en todo acontecimiento, quando estuuieramos con lo dicho en caso de duda, sobre si le ha de obstar, o no la cosa juzgada al dicho don Iuan Saluago, en caso de duda se ha de declarar que no le obsta, Decius consf.445.nu.44. Cephalus consf. 374.nu.28.lib.3. Socin. Iunior consf.49. num.29. lib.2. Aymon consf.188.nu.2.& 8. Menoch. de præsumptionib.lib.2.præsumpt.90.num.7.

Lo sexto, porque quando se concediera, sin perjuyzio de la verdad, que el dicho don Iuan Saluago estaua obligado a dalle alimentos a la parte cõtraria, de la misma suerte que se los daua su hermano, esta obligacion cessaua oy, por tener el dicho don Bartolome bastante renta con q̃ sustentarse conforme a su calidad, porq̃ es Chantre de Talauera, de lo qual tiene de renta mas de quinientos ducados libres en cada vn año, como lo deponen todos los testigos en esta segunda instancia, a la segunda, y quinta pregunta, y otros algunos en la primera instancia, y entre ellos Ambrosio Frayle, que ha sido el cobrador de la dicha renta: y demas desto, quando casò a vna hija que tuuo de legitimo matrimonio, a quien entregò toda la hazienda de su madre, y cierto mayorazgo que renunciò en ella, reseruò trecientos ducados de alimentos en cada vn año, de que ay testigos que se lo han oydo al mismo dõ Bartolome, y a su yerno.

Y por el discurso deste pleyto està probado, q̃ sacados los censos, y alimentos que paga el dicho don Iuan Saluago, no le quedan para sustento de su persona, casa, y familia trezientos ducados de renta, y q̃ no tiene otra hazienda libre, con lo qual no tiene para alimentarse, ni aun con moderacion muy ordinaria; y si de la poca rẽta q̃ le viene a quedar, huuiera de dar de alimentos a la parte contraria, demas de los que dà, y ha de dar a sus hermanos, se le vendria a quitar el sustento; el qual en todo acõtecimiento ha de ser preferido, de tal suerte,

te, que si de la renta que le queda no tuuiesse mas q̃ para alimentarse a si, y a su familia, no se le puede obligar a que della de los alimentos q̃ el fundador del mayorazgo le grauò diesse a su hermano, quia non tenetur coarctare victum suum propter alimenta, quæ alteri debentur, Bald. in l. 1. §. officiolo. ff. de tutelis, Natta cons. 387. num. 8. lib. 2. Ioseph. Ludou. decis. 47. nu. 12. Thesaurus decis. Pedemontana 211. nu. 23. Surd. de alimentis, titu. 7. quest. 94. y para mayor conuẽcimiẽto de la parte contraria, se ha allanado el dicho don Iuan a q̃ le dexe libres los dichos trezientos ducados, y se lleue la demas renta del dicho mayorazgo.

Lo septimo, porque aunque se quiera dezir, que los alimentos que la parte contraria pide, no han de cessar, aunque tengan otra renta de q̃ poderse sustentar, se satisfaze, cõ que esso pudiera correr con su hermano con quien litigò; porq̃ aunque es cierto q̃ el hermano tiene obligacion de dar alimentos a su hermano, vt est notissimum & tradit Molin. lib. 2. c. 15. n. 57. cum seqq. y con esto el padre de nuestra parte tuuo obligacion a dallos a la contraria, pero auiendo ya muerto, cessò esta obligacion; porque el sobrino no la tiene de dallos al tio, aunq̃ su padre la vuiesse tenido, como en propios terminos lo dixo el señor Lara de Cordoua in l. si quis à liberis. §. idẽ rescripsit, nu. 127. cũ multis seqq. vbi multis fundamẽtis, & authoritatibus comprobat vsque ad numerũ 141. quidquid noui ter Marius Giurba, & Hieronymus de Leo, & aliqui recentiores contrarium acstruere connentur.

Lo octauo y vltimo, porque el fundador del mayorazgo grauò solamente a los posseedores del, que diessen a sus propios hermanos alimentos, y dotes, pero no a otros grados vlteriores; y assi teniendo como tiene el dicho don Iuan Saluago de Mendoza hermano y hermana a quien ha de dar alimentos, y dote, q̃ la vna està para entrar mõja,

 y el

y el otro sigue pleyto en esta Audiencia sobre los alimentos, como consta del testimonio que està presentado: y assi estādo grauado qualquier possedor a dar alimentos a sus proprios hermanos, no se ha de estender esta obligacion a los tios y sobrinos, que podrian venir a ser tantos que consumiessen la renta del mayorazgo, vt aduertit Dominus Molina de primogen. lib. 2. cap. 15. num. 67. circa finem, versic. quibus adijcitur, ni la obligacion que por hermano tenia el posseedor del mayorazgo, se ha de entender que passa en su hijo que no sucede al padre como heredero, sino iure sanguinis, al fundador que solo grauò a los posseedores a que diessen alimentos a sus mismos hermanos, y no a tios, ni sobrinos, vt cum Gregorio Lopez, & alijs, aduertit Lara vbi supra, num. 137. cum alijs.

De que se infiere, que el dicho don Iuan Saluago de Mendoza no tiene obligacion a dar alimentos al dicho don Bartolome su tio, ni menos tiene renta, ni hazienda de donde poderselos dar, ni el dicho don Bartolome tiene necessidad dellos, por tener mil ducados de renta con que poderse alimentar conforme a la calidad de su persona. Y anti esperamos que ha de ser dado por libre. Salua in omnibus, &c.



POR